

A Jurisdição Constitucional e as Possibilidades Hermenêuticas de Efetivação da Constituição: Um Balanço Crítico nos Quinze Anos da Constituição

LENIO LUIZ STRECK

Procurador de Justiça-RS; Coordenador Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Unisinos/RS; Membro Conselheiro e Fundador do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ).

1. A pré-compreensão hermenêutica: de como "pré-juízos" inautênticos acerca do sentido da Constituição acarretam *prejuízos* ao intérprete.

Em “**Cem Anos de Solidão**”, Gabriel Garcia Marquez conta que, em Macondo, *o mundo era tão recente que muitas coisas careciam de nome e para mencioná-las precisava-se apontar com o dedo*. Nossa Constituição também é muito recente. Olhando a imensidão de seu texto, colhe-se a nítida impressão de que algumas coisas ainda não têm “nome”; os juristas limitam-se – quando o fazem – a apontá-las com o dedo... Esta falta de pré-compreensão impede o acontecer (**Ereignen**) do sentido (da Constituição). Gadamer sempre nos ensinou que a compreensão implica uma pré-compreensão que, por sua vez, é pré-figurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela os seus pré-juízos.

Desse modo, o intérprete do direito (aqui entendido como o jurista **lato sensu**) falará (d) o Direito a partir dos seus pré-juízos, enfim, de sua pré-compreensão. Falará, com efeito, de sua situação hermenêutica.¹ Essa pré-compreensão é produto da relação intersubjetiva que o intérprete tem no mundo. O intérprete não interpreta do alto de uma relação sujeito-objeto. Estará, sim, inserido sempre em uma situação hermenêutica. Estará sempre no entremeio de uma “situação lingüística”, no interior da qual a linguagem não é algo que esteja à sua disposição, circunstância que inexoravelmente transformaria a atividade de interpretar em um ato voluntarista. Ao contrário disto, o intérprete “pertence” a essa lingüisticidade. Ele é refém

¹ Conforme explicitado no decorrer da obra de Gadamer, o conceito de situação caracteriza-se porque alguém não se encontra frente a ela e portanto não pode ter um saber objetivo dela; *se está nela, este alguém se encontra sempre em uma situação cuja iluminação é uma tarefa que não pode ser desenvolvida por inteiro*. Cfe. Gadamer, Hans-Georg. **Verdad y Método I**. Salamanca, Ediciones Sígueme, 1994, pp. 377 e segs..

da linguagem.

A atividade hermenêutica *ex-surge* desse processo de (auto) compreensão. Por isto, se hermenêutica é modo-de-ser e não um procedimento, sendo antes de tudo, filosofia, *ela não se limita, nas palavras de Gadamer*², *a prestar conta dos procedimentos que a ciência aplica*. Trata das questões que determinam todo o saber e o fazer humanos, essas questões “máximas” que são decisivas para o ser humano enquanto tal e para sua escolha do “bem”. Em definitivo, o mestre alemão vai dizer que *a hermenêutica não é uma mera disciplina auxiliar das ciências românticas do espírito*.

Neste ponto, nada melhor do que deixar o próprio Gadamer colocar o dedo na ferida narcísica da(s) metodologia(s): não se trata de averiguar o fundamento último do entendimento, porque isto denunciaria com mais vigor a obsessão cartesiana das ciências metodológicas contra as quais se põe em guarda a obra **“Verdade e Método”**. Ao contrário, trata-se de tomar consciência da insondabilidade de qualquer tipo de experiência. *Uma experiência hermenêutica não é algo que podemos planejar e controlar em um laboratório, porque é algo que nos ocorre, derruba-nos e obriga a pensar de outro modo*³.

Na contramão e à revelia dessa verdadeira revolução copernicana que ocorreu no campo da filosofia (**linguistic turn**) e no Direito (advento do paradigma do Estado Democrático de Direito, no interior do qual o Direito assume um papel de transformação da realidade social, superando os paradigmas do Estado Social e Liberal), *o estudo da hermenêutica jurídica no Brasil continuou – e continua – atrelado aos cânones da hermenêutica clássica, no interior da qual a linguagem é relegada a uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito cognoscente e um objeto a ser conhecido*.⁴ Nesse paradigma, a linguagem é algo que fica à “disposição” do sujeito-intérprete. É, tão-somente, veículo de conceitos (por isto, para o senso comum teórico dos juristas, a Constituição – e sua linguagem normativa – não *constitu*⁵; é apenas uma ferramenta manipulável pelos operadores do Direito). É esta questão, aliás, que levou Gadamer a fazer uma crítica ao processo interpretativo clássico, que entendia a interpretação como sendo produto de uma operação realizada em partes (**subtilitas intelligendi, subtilitas**

² Cfe. GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode II**. Tübingen: Mohr, 1990, p. 318-319.

³ Cfe. GADAMER, Hans-Georg. **Una biografia**. Barcelona, Herder, 2002, p. 376.

⁴ Para uma melhor compreensão acerca desta problemática, consultar STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003, em especial cap. 5.

⁵ Sobre o constituir da Constituição, consultar **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**, op. cit.

explicandi, subtilitas applicandi, isto é, primeiro conheço, depois interpreto, para só então aplicar). Daí que a ruptura com o pensamento metafísico que sustenta a hermenêutica clássica dá-se pela idéia de antecipação de sentido, que ocorre no interior do círculo hermenêutico – idéia chave na hermenêutica filosófica – no interior do qual o intérprete fala e diz o *ser* na medida em que o *ser* se diz a ele, e onde a compreensão e explicitação do *ser* já exige uma compreensão anterior. Conseqüentemente, a noção de círculo hermenêutico torna-se absolutamente incompatível com a assim denominada – como quer a dogmática jurídica – “autonomia” de métodos (sic), cânones ou técnicas de interpretação e/ou de seu desenvolvimento em partes ou em fases.

Repetindo: o processo interpretativo não acontece aos pedaços, em partes, em fatias. Interpretar é sempre aplicar⁶. Não há uma **subtilitas intelligendi**, que antecederia uma **subtilitas explicandi**, para depois ocorrer o coroamento do processo hermenêutico através de uma **subtilitas applicandi**. Não! Fazer hermenêutica é um ato de **applicatio**. Sendo mais simples: interpretar não é realizar um ato reprodutivo, em que o intérprete desacopla sentidos de textos (**Auslegung**), mas, sim, um ato de produção de sentido (**Sinnggebung**).

Assim, o entendimento de que o processo interpretativo é feito por etapas implica inexoravelmente na crença em uma metodologia, o que, à toda evidência, vai remeter-nos ao paradigma epistemológico da filosofia da consciência⁷. Não é por acaso que o senso comum teórico dos juristas inicia todas as discussões sobre hermenêutica jurídica reportando-se a um “método” capaz de “garantir” uma espécie de “*supervisão epistemológica*” no processo de compreensão.

Dito de outro modo: o pensamento dogmático do direito continua acreditando na idéia de que o intérprete extrai o sentido da norma, como se este

⁶ Para uma discussão mais aprofundada sobre a hermenêutica de matriz gadameriana-heideggeriana, ver meu **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

⁷ Entretanto, há que se ficar atento: no plano do sentido comum teórico existe um “algo mais” do que a filosofia da consciência, representado pelo paradigma metafísico aristotélico-tomista, de cunho dedutivista, ambos consubstanciando as práticas argumentativas dos operadores jurídicos. Assim, na medida em que o processo de formação dos juristas tem permanecido associado a tais práticas, tem-se como consequência a objetificação dos textos jurídicos, circunstância que, para a interpretação constitucional, constitui forte elemento complicador/obstaculizador do acontecer (**Ereignen**) da Constituição.

estivesse contido na própria norma, enfim, como se fosse possível extrair o sentido-em-si-mesmo. *Trabalha, pois, com os textos no plano meramente epistemológico, olvidando o processo ontológico da compreensão.* Clássico exemplo disto é a tese de Aníbal Bruno⁸ (que é repetida em dezenas de manuais e livros doutrinários), para quem *interpretar a lei é penetrar-lhe o verdadeiro e exclusivo sentido*, sendo que, quando a lei é clara, a interpretação é instantânea (*in claris fit interpretatio*). Conhecido o texto, diz Bruno, apreende-se imediatamente o seu conteúdo, acreditando, assim, na busca do sentido primevo da norma (texto jurídico), na medida em que falava na possibilidade de o intérprete apreender “o sentido das palavras em si mesmas”. Por trás (e/ou próximo) da concepção defendida por Bruno, que – ínsito – ainda impera no interior do sentido comum teórico dos juristas, está, entre outras questões, *a teoria correspondencial da verdade e a crença de que existe uma natureza intrínseca da realidade, tese que também pode ser encontrada em autores como Maximiliano.* Neste caso, a linguagem tem um papel secundário, qual seja, o de servir de veículo para a busca da verdadeira “essência” do Direito ou do texto jurídico.

Aliás, a tradição hermenêutica inaugurada no Brasil por autores como Maximiliano guarda similitude com a hermenêutica normativa de Emilio Betti, isto é, *uma hermenêutica que dá regras para a interpretação, as quais dizem tanto ao objeto como ao sujeito da interpretação.* Mais contemporaneamente, Maria Helena Diniz⁹ vai dizer que interpretar é descobrir o sentido e o alcance da norma, procurando a significação dos conceitos jurídicos. Assim, para ela, interpretar é explicar, esclarecer, dar o verdadeiro significado ao vocábulo; *extrair, da norma, tudo o que nela se contém, revelando seu sentido apropriado para vida real e conducente a uma decisão.* Daí ser facilmente perceptível nessa “busca do verdadeiro sentido da norma” (*sic*) e na “revelação que deve ser feita pelo intérprete” a (forte) presença da dicotomia sujeito-objeto, própria da filosofia da consciência.

De uma forma mais genérica, é possível afirmar que, explícita ou implicitamente, parcela expressiva da doutrina brasileira sofre influência da hermenêutica de cunho objetivista de Emilio Betti, baseada na forma metódica e disciplinada da compreensão, em que a própria interpretação é fruto de um processo triplo que parte de uma abordagem objetivo-idealista. A interpretação é sempre produto de um processo reprodutivo, pelo fato de interiorizar ou traduzir para a sua própria linguagem objetificações da mente, através de uma realidade que é análoga à que originou uma forma significativa. Assim, a atribuição de sentido e a interpretação são tratados

⁸ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Tomo I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 198.

⁹ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 384 e segs.

separadamente, uma vez que Betti acredita que só isso vai garantir a objetividade dos resultados da interpretação.

Ora, uma hermenêutica que ainda se calque em métodos ou técnicas (cânones) interpretativas fica, sobretudo, debilitada no universo da viragem lingüística. Daí ser possível exprimir a firme convicção da fragilidade dos assim denominados métodos ou técnicas de interpretação. Entre tantas críticas, vale lembrar a contundente observação de Dallari, para quem o juiz/intérprete, ao utilizar “tantos modelos de interpretação da lei”, considera-se exonerado de responsabilidade, *atribuindo ao legislador as injustiças que decorrem de suas sentenças*. Vê-se nessa assertiva de Dallari *uma clara denúncia do alheamento provocado pela objetificação metodológica*. Com efeito, os assim denominados métodos ou técnicas de interpretação tendem a objetificar o Direito, impedindo o questionar originário da pergunta pelo sentido do Direito em nossa sociedade.

Se o ato de interpretar depende de uma prévia compreensão e esta tem como condição de possibilidade a pré-compreensão (*Vorverständnis*), que é produto da condição de ser-no-mundo (faticidade e historicidade), parece óbvio concluir que o intérprete/operador do Direito, quando fala do Direito ou sobre o Direito, fala a partir do seu “*desde-já-sempre*”, o “*já-sempre-sabido*” sobre o Direito, enfim, como o Direito *sempre-tem-sido* (é como ele “é” e tem sido estudado nas faculdades, reproduzido nos manuais e aplicado quotidianamente)¹⁰. O mundo jurídico é, assim, pré-dado (e predado!) por esse sentido comum teórico, *que é, assim, o véu do ser autêntico do Direito!*

É preciso ter claro, nesse sentido, que, diferentemente de outras disciplinas (ou ciências), o Direito possui uma especificidade, que reside na

¹⁰ Não se pode ignorar o papel reprodutor desempenhado pelos cursos jurídicos, que continuam assentados no dualismo “teoria e prática”. Assim, a teoria seria aquela “feita” nas academias, enquanto a prática seria a atividade realizada na “efetiva aplicação do Direito”. Isto é facilmente detectável nas salas de aula dos cursos jurídicos: os alunos desdenham as matérias ditas “teóricas”, como filosofia, introdução ao estudo do Direito, sociologia jurídica etc., preferindo as disciplinas “práticas” (direito processual civil, penal etc.). A proliferação dos “manuais práticos” dá mostras da gravidade e da dimensão desta problemática. Na verdade, o pensamento dogmático do Direito não conseguiu escapar ainda do elemento central da tradição kantiana: o dualismo. É por ele que fomos introduzidos no período da modernidade em uma separação entre consciência e mundo, entre palavras e coisas, entre linguagem e objeto, entre sentido e percepção, entre determinante e determinado, entre teoria e prática. Heidegger vai dizer que esses dualismos somente puderam ser instalados através do esquecimento do ser, através da introdução de um universo de fundamentação filosófica conduzida apenas pelo esquema da relação sujeito-objeto. É essa relação sujeito-objeto que sustenta as dicotomias ou os dualismos que povoam o imaginário dos juristas. Do mesmo modo, esta dualização metafísica dá azo à tese de que as faculdades devem se dedicar, preferentemente, à formação de técnicos (o que isto significa ninguém consegue explicar). Para isto, engendrou-se um imaginário positivista-normativista-formalista que sustenta que o Direito é uma (mera) técnica (racionalidade instrumental). Este processo é, sobretudo, retroalimentado pelas escolas de preparação para concursos públicos de carreiras jurídicas e pelo formato

relevante circunstância de que a interpretação de um texto normativo – que sempre ex-surgirá como norma – depende de sua conformidade com um texto de validade superior. Trata-se da Constituição, que, mais do que um texto que é condição de possibilidade hermenêutica de outro texto, *é um fenômeno construído historicamente como produto de um pacto constituinte, enquanto explicitação do contrato social*.

A tradição nos lega vários sentidos de Constituição. Contemporaneamente, a evolução histórica do constitucionalismo no mundo (mormente no continente europeu) coloca-nos à disposição a noção de Constituição enquanto detentora de uma força normativa, dirigente, programática e compromissária, pois é exatamente a partir da compreensão desse fenômeno que poderemos dar sentido à relação Constituição-Estado-Sociedade no Brasil, por exemplo. Mais do que isso, é do sentido que temos de Constituição que dependerá o processo de interpretação dos textos normativos do sistema.

Sendo um texto jurídico – cujo sentido, repita-se, estará sempre contido em uma norma que é produto de uma atribuição de sentido – válido

ram ensinar o que será perguntado nos concursos públicos. Forma-se, neste contexto, um círculo vicioso, não sendo temerário afirmar que aquele que não frequentar curso de preparação tem as suas chances de aprovação sensivelmente reduzidas. Esta problemática repete-se nas provas de “Exame de Ordem” realizadas pela OAB. Não se pode olvidar um outro fator que colabora para a crise do ensino jurídico. Trata-se do alarmante aumento do número de faculdades de Direito no Brasil, a ponto de existirem faculdades em cidades com não mais do que cinco mil habitantes. Muito embora esta expansão ainda encontre respaldo no “mercado”, há um visível déficit no número de docentes com capacidade para o adequado enfrentamento das demandas das salas de aula dos mais de seiscentos cursos espalhados por todo o Brasil. Na medida em que o mercado necessita, por determinação da LDB, de docentes com formação mínima em nível de mestrado, ocorre igualmente um aumento no número de programas de pós-graduação. Por outro lado, os órgãos institucionais, em face do aumento da demanda por mestres e doutores, diminuem drasticamente os prazos para a defesa das dissertações de mestrado (vinte e quatro meses) e teses de doutorado (trinta e seis meses), fatores que terão consideráveis reflexos na qualidade dos novos docentes, que, muitas vezes, ingressam na carreira acadêmica com pouquíssima experiência. Desse modo, forja-se um imaginário no interior do qual o ensino jurídico (de graduação e pós-graduação) tem a finalidade precípua de atender as demandas (imediatas) dos operadores (leia-se “mercado”). Este processo estabelece-se a partir da prática de uma “metodologia didático-casuística”, que produz uma cultura estandardizada, dentro da qual o jurista vai trabalhar no seu dia-a-dia com soluções e conceitos lexicográficos (que são transformados em “categorias”, como se fossem “universais”, aptos ao exercício “dedutivo-subsuntivo” do “intérprete”), recheando, desse modo, metafisicamente, suas petições, pareceres e sentenças com ementas (verbetes) jurisprudenciais ahistóricas e atemporais. A proliferação de manuais jurídicos não pode ser subestimada, uma vez que consubstanciam tanto as disciplinas jurídicas ministradas nas faculdades de Direito como o processo de aplicação quotidiana do Direito. Sobre a diferença ontológica e as consequências desse “esquecimento”, ver Streck, **Hermenêutica Jurídica**, op. cit., em especial o posfácio.

tão-somente se estiver em conformidade com a Constituição, a aferição dessa conformidade exige uma pré-compreensão (**Vorverständnis**) acerca do sentido de (e da) Constituição, *que já se encontra, em face do processo de antecipação de sentido, numa co-pertença entre* faticidade-historicidade do intérprete e Constituição–texto infraconstitucional. Não se interpreta, sob hipótese alguma, um texto jurídico (um dispositivo, uma lei etc.) *desvinculado da antecipação de sentido* representado pelo sentido que o intérprete tem da Constituição. O intérprete já traz consigo o sentido de Constituição, com o que a norma que *ex-surge* do texto (infra-constitucional) já vem filtrada hermenêuticamente (de forma adequada ou inadequada, dependendo dos pré-juízos do intérprete). Dito de outro modo: o intérprete não vislumbra textos infraconstitucionais nus (carentes de sentido), para depois acoplar-lhes “capas de sentido originárias da Constituição”. Definitivamente, não! Pensar assim é resvalar em direção aos dualismos próprios da metafísica (essência e aparência, teoria e prática, palavra e coisa, questão de fato e questão de direito etc). Em síntese: pensar assim é retornar à hermenêutica clássica (lembramos, aqui, os três “momentos” representados pelas **subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi, subtilitas applicandi** de que fala Gadamer). O ato interpretativo é um ato aplicativo, que não ocorre por subsunção e tampouco por dedução,¹¹ mas, sim, em uma síntese hermenêutica, no interior do círculo hermenêutico.

Isto significa dizer que uma “*baixa compreensão*” acerca do sentido da Constituição – naquilo que ela significa no âmbito do Estado Democrático de Direito – inexoravelmente acarretará uma “*baixa aplicação*”, problemática que não é difícil de constatar nas salas de aula de expressiva maioria dos cursos jurídicos do país e na quotidianidade das práticas dos operadores do Direito¹². Por isto, *pré-juízos inautênticos* (no sentido de que fala Gadamer) *acarretam sérios prejuízos ao jurista!*

As condições de possibilidades para que o intérprete possa compreender um texto implicam – sempre e inexoravelmente – a existência de uma pré-

¹¹ Nesse sentido, ver meu **Jurisdição Constitucional**, op.cit., em especial 5.8.

¹² Alerta-se que até mesmo algumas posturas consideradas críticas do Direito, muito embora procurem romper com o formalismo normativista (para o qual a norma é uma mera entidade lingüística), acabam por transferir o lugar da produção do sentido do objetivismo para o subjetivismo; da coisa para a mente/consciência (subjetividade assujeitadora e fundante); da ontologia (metafísica clássica) para a filosofia da consciência (metafísica moderna). Não conseguem, assim, alcançar o patamar da viragem lingüístico/hermenêutica, no interior da qual a linguagem, de terceira coisa, de mero instrumento e veículo de conceitos, passa a ser condição de possibilidade. Permanecem, desse modo, prisioneiros da relação sujeito-objeto (problema transcendental), refratária à relação sujeito-sujeito (problema hermenêutico). Sua preocupação é de ordem metodológica e não ontológica (no sentido heideggeriano-

compreensão (seus pré-juízos) acerca da totalidade (que a sua linguagem lhe possibilita) do sistema jurídico-político-social. Desse belvedere compreensivo, o intérprete formulará (inicialmente) seus juízos acerca do sentido do ordenamento (repita-se, o intérprete jamais interpreta em tiras, aos pedaços, como bem alerta Eros Grau). E sendo a Constituição o fundamento de validade de todo o sistema jurídico – e essa é a especificidade maior da ciência jurídica –, de sua interpretação/aplicação (adequada ou não) é que exsurgirá a sua (in)efetividade.

Calham, pois, aqui, as palavras de Konrad Hesse, para quem “resulta de fundamental importância para a preservação e a consolidação da força normativa da Constituição a interpretação constitucional, a qual se encontra necessariamente submetida ao mandato de otimização do texto constitucional.” Trata-se, pois, de problema fundamentalmente hermenêutico, muito bem detectado, aliás, por Paulo Bonavides, para quem,

“para agravar a crise das Constituições, verificou-se o emprego de uma metodologia interpretativa que caiu prisioneira do formalismo e do jusprivatismo. Foi, portanto, *um equívoco*, segundo Müller, *a recepção de regras artificiais de interpretação elaboradas pelo positivismo e recolhidas da herança romanista de Savigny, fazendo da realização do Direito e da concretização da norma simples operação interpretativa de textos de norma*”.

Desse modo, partindo da tese de que hermenêutica é condição de ser no mundo, de que hermenêutica é existência e de que o processo de interpretação tem como condição de possibilidade a compreensão, em que o sentido já vem antecipado pela pré-compreensão, a pergunta que se impõe é:

como é possível olhar o novo (texto constitucional de 1988) se os nossos pré-juízos (pré-compreensão) estão dominados por uma

gadameriano). A revolução copernicana provocada pela viragem lingüístico-hermenêutica tem o principal mérito de deslocar o *locus* da problemática relacionada à “fundamentação” do processo compreensivo-interpretativo do “procedimento” para o “modo de ser”. Muito embora a recepção da hermenêutica pelas diversas concepções da teoria do direito, é com a hermenêutica da faticidade de Gadamer, caudatário da antimetafísica heideggeriana, que se dará o grande salto paradigmático, porque ataca o cerne da problemática que, de um modo ou de outro, deixava a hermenêutica ainda refém de uma metodologia, por vezes atrelada aos pressupostos da metafísica clássica e, por outras, aos parâmetros estabelecidos pela filosofia da consciência (metafísica moderna). Enquanto tentativa de elaboração de um discurso crítico ao normativismo, a metodologia limita-se a procurar traçar as “regras” para uma “melhor” compreensão dos juristas (v.g. autores como Coing, Canaris e Perelman), sem que se dê conta daquilo que é o calcanhar de Aquiles da própria metodologia (que tem um cunho normativo): a da absoluta impossibilidade da existência de uma regra que estabeleça o uso dessas regras, portanto, da impossibilidade da existência de um *Grundmethode* (ver, nesse sentido, meu Jurisdição Constitucional, op.cit, em especial cap. 5). Daí o contraponto hermenêutico: o problema da interpretação é fenomenológico, é existencialidade.

compreensão inautêntica do Direito, onde, no campo do direito constitucional, pouca importância tem sido dada ao estudo da jurisdição constitucional?

Com efeito, nossos pré-juízos (campo jurídico ou **habitus dogmaticus** brasileiro) estão tomados por um histórico de jurisdição constitucional pouco favorável. Explicando melhor essa questão¹³: tornado independente de Portugal, a primeira Constituição brasileira – outorgada pelo Imperador D. Pedro I – não estabeleceu controle de constitucionalidade **stricto sensu**. Inspirados (*sic*) no modelo revolucionário francês, foi deixada ao Poder Legislativo a tarefa de controlar a legalidade/constitucionalidade das leis. Consta que, em todo o período colonial-imperial, que durou mais de 70 anos, somente em duas oportunidades foi feito o referido “controle”. A mais alta Corte de justiça do Império era o Supremo Tribunal de Justiça, composto de dezessete juízes, que, na sua primeira composição, teve cinco juízes portugueses de nascimento, e somente sete brasileiros natos. Todos eles vieram das Cortes de Relação, consoante o disposto no art. 163 da Constituição de 1824 e tinham o título de Conselheiros. A competência do Tribunal estava restrita a conceder ou denegar recursos de revista, decidir conflitos de jurisdição e conhecer os delitos e erros de ofício que cometessem os seus ministros, os das Relações, os empregados no corpo diplomático e os Presidentes das Províncias. *Desnecessário dizer que a falta da instituição de uma forma de controle de constitucionalidade colocava a Constituição em um plano secundário, sendo absolutamente ineficaz e inoperante o modelo de “controle” legislativo por ela estabelecido.* Agregue-se a isso a forma de provimento dos cargos de Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, mormente nos primeiros anos: o Brasil tornara-se independente, adotara uma nova Constituição, e os membros do mais alto tribunal de justiça do Império eram originários das Cortes de Relação, isto é, eram instituídos pelo colonizador!

Como se isso não bastasse, com o advento da República, importamos o sistema de controle difuso jurisdicional vigorante nos Estados Unidos. Lamentavelmente, os republicanos brasileiros não atentaram para o relevante fato de que os Estados Unidos dispunham de uma fórmula advinda da tradição inglesa – o **stare decisis** – de conceder efeito **erga omnes**, próprio do sistema jurídico da **common law**, às decisões da Suprema Corte, julgadas em grau de recurso. Por incrível que possa parecer, em plena República, durante 43 anos ficamos sob os auspícios de um sistema de

¹³ Questão essa melhor constatada no meu **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**, op. cit., onde explico o histórico do desenvolvimento do Direito e das instituições jurídicas brasileiras, do descobrimento aos dias atuais.

controle jurisdicional difuso que somente funcionava *inter partes*.

Não se deve deixar de registrar que, muito embora tenhamos ingressado na República, o Supremo Tribunal Federal, que veio a substituir o Supremo Tribunal de Justiça do Império, foi composto por juízes do velho regime, sem conhecimento e experiência acerca do que era o controle jurisdicional de constitucionalidade. Os ministros do novo Supremo Tribunal Federal foram nomeados quarenta e oito horas após a promulgação da Constituição e instalados quatro dias após no edifício da Relação, na rua do Lavradio, no Rio de Janeiro. Aproveitou-se a maior parte do Supremo Tribunal de Justiça da Monarquia, inclusive quatro Conselheiros septuagenários, sete sexagenários e apenas quatro, com menos de sessenta anos. Alguns deles eram Viscondes e Barões (*sic*)¹⁴.

O avanço representado pela Constituição de 1934 tão-somente teve o condão de fazer com que as decisões do STF em sede de controle difuso fossem remetidas ao Senado (como ocorre hoje com o art. 52, X), cuja consequência era de, uma vez suspensa a execução da lei, conceder eficácia ***erga omnes*** à decisão. Ademais, tirante o período da ditadura Vargas, no qual houve retrocesso no campo do controle de constitucionalidade – o Poder Legislativo podia, por voto de dois terços, revogar a decisão de inconstitucionalidade tomada pelo Supremo Tribunal Federal –, *a Constituição de 1946 não trouxe qualquer avanço no plano da jurisdição constitucional*. Tivemos que esperar até o ano de 1965 para que passássemos a ter um modo de conceder efeito ***erga omnes*** às decisões em ações (representações) de inconstitucionalidade (EC 16/65)¹⁵. Ou seja, muito embora nos final dos anos 50 já se falasse em controle direto de constitucionalidade do direito estadual naquilo que diz respeito aos princípios sensíveis, *somente no ano de 1965 inaugura-se o controle objetivo concentrado de constitucionalidade no país*.

Em face de tudo isso, fazendo um breve inventário, não é temerário afirmar que não há muito a comemorar em termos de jurisdição constitucional no Brasil. Afinal de contas, excluindo o período imperial (1822-1889), em que sequer se falou em controle de constitucionalidade, os primeiros cinquenta anos da República não representaram contribuição significativa para o aprimoramento da jurisdição constitucional. A isso se deve agregar que mesmo a inovação consistente na remessa da decisão do Supremo

¹⁴ Ver, para tanto, BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal. Esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 22 e segs.

¹⁵ Ressalvo, por óbvio, a assim denominada ação “direta de inconstitucionalidade” destinada a proceder a intervenção nos Estados (ação direta interventiva), que tinha, como se verá mais adiante, limites e contornos bem definidos, não servindo, nem de longe, para solucionar o problema em debate.

Tribunal Federal para o Senado (1934) não representou grandes avanços, mormente se compararmos os modelos brasileiros com os sistemas de controle de constitucionalidade vigorerantes no resto do mundo.

Com isso, explica-se parte da crise constitucional brasileira, isto é, a pouca importância dada ao direito constitucional e ao próprio texto constitucional, mormente se levarmos em conta o novo modelo de Estado Democrático de Direito estabelecido pela Constituição de 1988, que seguiu os modelos de Constituições dirigentes e compromissárias do segundo pós-guerra.

A partir disso, é possível afirmar que, no campo jurídico brasileiro, esses *pré-juízos*, calcados em uma história que tem relegado o direito constitucional a um plano secundário, constituem um fenômeno que se pode denominar de “baixa constitucionalidade”, que, hermeneuticamente, *estabelece o limite do sentido e o sentido do limite de o jurista dizer o Direito*, impedindo, conseqüentemente, a manifestação do ser (do Direito). Um dos fatores que colabo(r)aram para a pouca importância que se dá à Constituição deve-se ao fato de que as Constituições brasileiras, até o advento da atual, sempre haviam deixado ao legislador a tarefa de fazer efetivos os valores, direitos ou objetivos materiais contidos no texto constitucional, que, com isso, transformava-se, porque assim era entendida, em mero programa, uma mera lista de propósitos.

O legislador ordinário erigia-se em dono absoluto dos conteúdos da Constituição, podendo desenvolvê-los com maior ou menor amplitude, ou, inclusive, desconhecê-los, sem que nem os cidadãos e nenhum outro órgão do Estado pudessem ser capazes de reprovar tais comportamentos. Na prática – e isso não é difícil de constatar – em que pese as várias Constituições que tivemos, sempre prevaleceram os Códigos (Civil, Comercial, Penal etc.). Mesmo com o advento da Constituição de 1988, ainda é considerável o movimento de refração ao novo texto, mormente naquilo que ele tem de ab-rogante e no seu papel de filtragem hermenêutica. Nesse sentido, veja-se a importância que teve o processo de derrogação das normas fascistas (anteriores a 1948) feito pelo Tribunal Constitucional italiano¹⁶.

É por isso que Hesse vai dizer que não é possível interpretar sem

¹⁶ Conferir em BONIFÁCIO, Francisco P. “Constitucionalidad, legislacion regresiva y civilidad jurídica”. In: **Division de poderes e Interpretacion. Hacia una teoria de la prazis constitucional**. Madrid: Tecnos, 1987, p. 81. Também em **La Quadra**,. op. cit., p. 134.

uma prévia teoria da Constituição, isto porque para compreender a norma é preciso uma teoria constitucional. Na verdade, esta resulta igualmente necessária para compreender, caso a caso, a realidade em que deve ser aplicado o texto da Constituição.¹⁷

Em síntese: *não há como negar que a ausência de uma adequada compreensão do novo paradigma do Estado Democrático de Direito torna-se fator decisivo para a inefetividade dos valores constitucionais*. Acostumados com a resolução de problemas de índole liberal-individualista e com posturas privatísticas que ainda comandam os currículos dos cursos jurídicos (e os manuais jurídicos), *os operadores do Direito não conseguiram, ainda, despertar para o novo*. O novo (Estado Democrático de Direito) continua obscurecido pelo velho paradigma, sustentado por uma dogmática jurídica entificadora. Dizendo de outro modo: ocorreu uma verdadeira revolução copernicana na filosofia, no direito constitucional e na ciência política, que ainda não foi suficientemente recepcionada pelos juristas brasileiros.

2. Sage mir Deine Einstellung zur Verfassungsgerichtsbarkeit und ich sage Dir, man für einen Verfassungsbegriff Du hast¹⁸

A frase título foi dita por Werner Kägei, já em 1945. Contudo, tal advertência ainda hoje encontra ressonância quando se pretende discutir a problemática referente à (in)efetividade da Constituição no Brasil. A tradição de “baixa constitucionalidade” está diretamente relacionada com uma prática **self restraint** de jurisdição constitucional em nosso país. Com efeito, já no nascedouro da República, era possível identificar claramente a dificuldade com que a nossa Suprema Corte lidava com o controle de constitucionalidade das leis, valendo para tanto acompanhar os passos da luta travada por Rui Barbosa na busca desse desiderato. Ao depois, a insistência do STF em entender que a Constituição de 1891 não lhe outorgara um **judicial control** pleno, mas apenas um **judicial control** restrito à apreciação de inconstitucionalidades de leis estaduais:

“O Supremo Tribunal Federal brasileiro em parte obedeceu às lições do seu paradigma norte-americano. Mas, no regime instituído em 1889, e sem que houvesse formal determinação daquele atributo

¹⁷ Cfe. HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

¹⁸ “Diz-me tua posição quanto à jurisdição constitucional e eu te direi o que entendes por Constituição”. Cfe. KÄGI, Werner. **Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Saates. Untersuchungen über die Entwicklungstendenz im modernen Verfassungsrecht**. Zurich: Polygraphischer Verlag, 1945, p. 147.

na Carta Federal, não podia esse tribunal que herdara a tradição do judiciário do Império, criar e engrandecer um princípio que se não harmonizava com as nossas praxes políticas... qual o da jurisprudência a derrubar a lei, contra a autoridade, em favor dos direitos individuais”¹⁹.

Por isto, chegou-se a pensar que essa “anomalia” (**judicial control** restrito à apreciação de leis estaduais) somente teria sido corrigida em 1894, com a promulgação da Lei nº 221, que, em seu art. 13, § 10º, dizia que “os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou a Constituição”. Ocorre que a competência de apreciar inconstitucionalidades de leis estaduais e federais, outorgada ao Supremo Tribunal e aos juízes²⁰, *já estava expressa no preâmbulo do Decreto n. 848*, que criou a Justiça Federal. Isto é, antes mesmo de o Supremo Tribunal ser criado, essa prerrogativa já existia, baseado no caso *Marbury versus Madison*.

Além das dificuldades dos primeiros anos, decorrentes, dentre outras razões, da própria formação dos seus membros, outro problema assolou o Supremo Tribunal, que, lamentavelmente, somente foi solucionado com a reforma de 1926. Com efeito, em face da inexistência de uma clara explicitação na Constituição, o Supremo Tribunal entendeu que a ele não competia uniformizar a interpretação do direito substantivo, quando do exame dos recursos que lhe chegassem dos tribunais. No fundo, com essa posição, o Supremo Tribunal pouco diferia do Supremo Tribunal de Justiça

¹⁹ Cfe. CALMON, Pedro. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, p. 187.

²⁰ Mesmo já sob a vigência da Lei n. 221, o exercício do controle difuso de constitucionalidade custou ao juiz gaúcho Alcides de Mendonça Lima uma condenação, em primeira instância, por ter deixado de aplicar a Lei n. 10, de 16.12.1895, na parte referente às recusas de jurados e ao voto a descoberto, mandando observar em tais pontos a lei antiga. Denunciado pelo crime previsto no art. 207, § 1º, do Código Penal, com as agravantes do art. 39, §§ 2º e 4º, Mendonça Lima foi condenado à pena de nove meses de suspensão do cargo, em acórdão lavrado na sessão de 10.02.1897, pelo Superior Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apreciando a matéria, rendeu-se o Supremo Tribunal Federal à argumentação de seu advogado, Rui Barbosa: reconheceu que o acusador, declarando nula, em parte, por inconstitucional, a lei riograndense, e deixando de a aplicar, não excedera os limites das funções de seu cargo; pelo contrário, exercera-as regularmente: “Os juízes estaduais, assim como os federais, têm faculdade para, no exercício das funções deixarem de aplicar as leis inconstitucionais, como é expresso na Constituição da República, art. 59, n. 3, Lei n. 221, de 20 de novembro de 1895, art. 8o (...)”. Cfe. NEQUETE, Lenine. **O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência. II – República**. Porto Alegre: Sulina, 1973, p. 20 e segs.

do Império, ficando indiferente às múltiplas e contraditórias interpretações que às leis uniformes do país davam as Relações revisoras, decidindo em última e derradeira instância. Releva notar que os próprios defensores dessa tese restritiva confessavam os males que esse procedimento causava ao país, tornando os tribunais locais onipotentes. Essa discussão já aparece no início do século XX. A respeito do tema, dizia Rui: *Seria um absurdo que, reservando-se a função de legislar acerca do direito civil, comercial e penal, entregasse a União esse direito, criação sua, à variedade de interpretações da justiça dos Estados, sem lhe opor ao menos, em última instância, um corretivo, uma garantia de unificação*²¹. Em acórdão de 11.07.1908, o Ministro Pedro Lessa votou vencido, acatando a tese de Rui. O Supremo Tribunal, entretanto, não anuiu à doutrina. Ainda em 28.08.1918, o Tribunal deixou assentado que, se a justiça local interpretava os preceitos da lei substantiva, *quaisquer que fossem os defeitos dessa interpretação* (sic), não se ensejava o recurso extraordinário. Essa posição foi ratificada em 30.12.1922, sendo necessário que o país aguardasse a reforma de 1926, para que se pudesse ter a uniformização da jurisprudência²².

Vê-se, assim, que aquilo que desde o nascedouro da República estava implícito no Decreto n. 848 e que, mais do que qualquer coisa, era ingrediente importante para a afirmação do sistema federativo, somente ganhou forma a partir de uma emenda constitucional. Dito de outro modo, o Supremo Tribunal Federal, *criado pelos republicanos para ser uma instituição para a manutenção da união nacional, como um autêntico “tribunal da federação”*,²³ ao não elaborar um processo hermenêutico mais “agressivo/

²¹ É necessário referir que juristas como Carlos Maximiliano, muito embora crítico contumaz do uso da interpretação literal, optou por este método, ao sustentar que não havia autorização no texto da Constituição de 1891 para a uniformização da jurisprudência. Nesse sentido, ver seu **Commentários à Constituição de 1891**. Rio de Janeiro: Forense, 1930, p. 660 e segs.

²² Ver, para tanto, NEQUETE, **O Poder Judiciário**, op. cit., p. 26 e segs; SODRÉ, Moniz. **O Poder Judiciário na Reforma Constitucional**, 1943, p. 180 e segs; NUNES, Castro. **Teoria e Prática do Poder Judiciário**. 1929, pp. 20 e segs.

²³ Daí a nítida inspiração que o constituinte brasileiro de 1890 buscou no **judicial review** norte-americano, que, muito embora não estivesse previsto como figura constitucional **stricto sensu**, nasce da própria lógica que preside a natureza da Constituição, uma vez que o pacto federativo que ela exprimia reclamava um **tertius** para a limitação dos poderes exercidos por cada “departamento do governo” ao lado da proteção das “liberdades” dos Estados, implicando que o governo de leis assumisse a forma de um complexo empreendimento entre diferentes competências e prerrogativas. Cfe. VIANNA, Luiz Werneck. *“Revolução processual do Direito e democracia progressiva”*. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes**. Rio de Janeiro: UFMG, IUPERJ, FAPERJ, 2002, p. 365.

criativo” pelo qual se autoconcedesse a competência para uniformizar a jurisprudência, colaborou para o enfraquecimento institucional do País²⁴. Nesse sentido, a denúncia do Ministro Pedro Lessa (que votava vencido, entendendo que essa prerrogativa estava estampada na idéia de federação e na própria exposição de motivos do Decreto n. 848), dizendo que se estava diante de um “manifesto desacato ao Poder Legislativo da União” e de um “desrespeito a autoridade da Federação”. De fato, é absolutamente incompreensível que o sistema federativo convivesse com um sistema jurídico que não contemplasse uma instância de concentração, de reparação, de uniformização da jurisprudência. Parafraseando as palavras de Rui: *sendo o direito entre nós obra da União, ele não podia, sob qualquer hipótese, sob pena de colocar em risco o sistema federativo, ficar sem reserva à mercê dos Estados*.

Apesar disso – e não são poucas as críticas feitas ao Supremo Tribunal Federal no decorrer de sua história²⁵ –, não se pode olvidar a importante atuação da Suprema Corte no campo da defesa das liberdades civis, mormente se forem levados em conta os tempos sombrios dos primeiros anos da República, que, já sob a vigência da nova Constituição, sofreu o primeiro golpe de Estado em 3 de novembro de 1891 – comandado pelo

²⁴ Muito embora tais fatos apontem para o enfraquecimento do sistema federativo, autores como Leda Boechat Rodrigues apontam na direção contrária. Nesse sentido, diz a autora, num momento em que o Presidente Campos Sales inaugurava a chamada política dos governadores e proclamava a soberania dos Estados ao lado da soberania da União, o STF, através do exercício do controle da constitucionalidade das leis estaduais, funcionou de certo modo como um fator de equilíbrio do sistema federal: “Sem a sua ação vigilante e corretiva – entregues como estavam os Estados aos desmandos de uma legislação antinacional e perturbadora do livre fluxo do comércio interestadual – provavelmente o federalismo, como a democracia, teria também funcionado de maneira ainda mais defeituosa no Brasil e se teriam agravado ainda mais os problemas econômicos, já excepcionalmente graves, de todo o País”.

²⁵ Assim, veja-se, por todos, as críticas de João Mangabeira, para quem o STF foi o poder que mais falhou na República, e de José Honório Rodrigues, ao asseverar que, dentre os Poderes no Brasil, “o Executivo foi sempre mais progressista e mais receptivo às aspirações populares; o Congresso mais anti-reformista e mais retardatário; a Justiça esteve sempre a favor das forças dominantes”. Cfe. RODRIGUES, José Honório. **História do Supremo Tribunal**, op. cit., p. 5; e, do mesmo autor, **Conciliação e Reforma no Brasil. Um desafio histórico-político**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965, p. 14 e 125.

mesmo militar que fora um dos corifeus da Proclamação da República – e um contragolpe do Marechal Floriano, vinte dias depois²⁶. *Afinal de contas, séculos de escravidão e de exclusão social, aliados a ausência, durante o período imperial, de um sistema judiciário que pautasse suas ações na defesa dos direitos individuais, forjaram uma sociedade autoritária, cujas seqüelas podem ser sentidas ainda na aurora do século XXI.* De qualquer sorte, releva notar que, em vários momentos, as decisões do ainda jovem Tribunal causaram a ira dos governantes²⁷.

Entretanto, como anteriormente referido, já no nascedouro da República havia um problema que afetava, sobremodo, as possibilidades do florescimento de uma jurisdição constitucional mais efetiva no Brasil: a ausência de um mecanismo para dar efeito *erga omnes* às decisões oriundas do controle de constitucionalidade, problema que somente foi percebido no processo constituinte de 1933/34, sem, contudo, a necessária suficiência²⁸,

²⁶ Observe-se a complexidade da situação, a partir do fato de que dois Ministros do STF, Barão de Lucena e Tristão de Araripe, terem apoiado o golpe de Estado chefiado pelo Marechal Deodoro.

²⁷ Com efeito, quando o STF, em 1893, declarou a nulidade do Código Penal da Marinha, Aristides Lobo, líder governista, escreveu que o Tribunal incorrera em crime de abuso de autoridade. E tendo o Tribunal despertado a ira política de Floriano Peixoto, em razão daquele julgamento, ficou meses sem funcionar, porque Floriano não provia as vagas que iam ocorrendo, além de recusar-se a dar posse ao Presidente eleito do Tribunal. No final do quadriênio do Presidente Prudente de Moraes, ao firmar, em rumoroso *habeas corpus*, o princípio das imunidades parlamentares durante o estado de sítio, não somente o STF foi criticado em mensagem presidencial, como sofreu violenta campanha da imprensa governista. Acontecimentos ligados à revolução federalista iniciada no Rio Grande do Sul, em fevereiro de 1893, ensejariam novos julgamentos de enorme repercussão pela Suprema Corte. Em 19.09.1895, julgando a apelação cível n. 112, em que era apelado o Mal. José de Almeida Barreto, reformado contra a sua vontade, o STF estabeleceu que “é nulo o ato do Poder Executivo que reforma forçadamente um oficial militar, fora dos casos previstos em lei.” De forma similar, o acórdão proferido na Apelação Cível n. 148, do mesmo ano de 1895. Outro julgamento de repercussão diz respeito à inconstitucionalidade do Decreto Legislativo n. 310, de 21.10.1895, que concedeu anistia, com restrições, às pessoas envolvidas em movimentos revolucionários ocorridos até 23.08.1895, o que fez com que o parlamento, em 1898, editasse lei suprimindo as aludidas restrições. O STF também cuidou do fortalecimento da liberdade de reunião e dos limites do poder de polícia, quando concedeu *habeas corpus* a favor dos membros do Centro Monarquista de São Paulo, no ano de 1897. Cfe. RODRIGUES, **História do Supremo Tribunal**, I, op. cit., p. 5 e segs.; também COSTA, Edgard. **Os grandes julgamentos do STF. 1892 a 1962**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964.

²⁸ Não considero que a instituição do mecanismo da remessa ao Senado das decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF no controle difuso – e só havia esta modalidade de controle até 1965 – tenha representado o avanço que muitos constitucionalistas proclamavam. Na verdade, é pífio o número de decisões remetidas pelo STF ao Senado nestes quase setenta anos, do mesmo modo como é inexpressivo o número de Resoluções suspensivas expedidas por aquela Casa legislativa.

uma vez que sanado tão-somente no ano de 1965, com a implantação (tardia) do controle concentrado de constitucionalidade.

Afora esses problemas, muitos deles originários de uma *baixa funcionalidade* do sistema jurídico, imbricados com um histórico déficit de democracia decorrente de sucessivos golpes de Estado, é *necessário ressaltar que mais contemporaneamente não é mais possível colocar a culpa na falta de democracia ou em um virtual déficit funcional da forma de controle de constitucionalidade, isto porque a Constituição de 1988 colocou à disposição da comunidade jurídica talvez o mais rico e completo sistema de controle de constitucionalidade do mundo, bastando para tanto examinar os múltiplos mecanismos aptos para o exercício do controle difuso e concentrado da constitucionalidade das leis*. O Brasil, junto com Portugal, é um dos poucos países que adotam o controle difuso misto com o concentrado. Assim, no controle difuso, qualquer juiz pode deixar de aplicar uma lei (até mesmo emenda constitucional) se entendê-la inconstitucional; nos tribunais, o controle difuso funciona a partir da suscitação do respectivo incidente de inconstitucionalidade²⁹. Nesse sentido, não se pode olvidar o expressivo leque de ações constitucionais aptas à provocação do exame da inconstitucionalidade de atos normativos *in concreto* (mandado de segurança, ação civil pública, *habeas corpus*, mandado de injunção, para citar algumas). Para o exercício do controle concentrado, há a ação direta de inconstitucionalidade, a ação de inconstitucionalidade por omissão, a ação declaratória de constitucionalidade – inserida na CF por emenda constitucional – e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Muito embora todo esse elenco de possibilidades de controle de constitucionalidade, a jurisdição constitucional ainda está longe de assumir o papel que lhe cabe no Estado Democrático de Direito, mormente se entendermos que a Constituição brasileira tem um nítido perfil dirigente e compromissário. Desse modo, fazer jurisdição constitucional não significa restringir o processo hermenêutico ao exame da parametricidade formal de textos infraconstitucionais com a Constituição. Trata-se, sim, *de compreender a jurisdição constitucional como processo de vivificação da Constituição na sua materialidade*, a partir desse novo paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito.

Esse paradigma toma forma quando a liberdade de conformação do legislador, pródiga em discricionariedade no Estado-Liberal, passa a ser contestada de dois modos: de um lado, os textos constitucionais dirigentes, apontando para um dever de legislar em prol dos direitos fundamentais

²⁹ Observe-se a dispensa dessa suscitação em alguns casos, consoante previsão do art. 481, parágrafo único, do CPC. Quanto à constitucionalidade dessa previsão legal, remeto o leitor ao meu **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**, op.cit., cap. 10.

e sociais; de outro, o controle por parte dos tribunais, que passaram não somente a decidir acerca da forma procedimental da feitura das leis, *mas acerca de seu conteúdo material, incorporando os valores previstos na Constituição*.

Há, assim, a prevalência do princípio da constitucionalidade sobre o princípio da maioria, *o que significa entender a Constituição como um remédio contra maiorias*. Portanto, a noção de um terceiro modelo de Direito, o do Estado Democrático de Direito, leva em conta a noção de Constituição como valores a serem realizados, exsurgentes do contrato social. *A Constituição surge, nesse terceiro modelo/paradigma, não somente como a explicitação do contrato social, mas, mais do que isso, com a sua força normativa de constituir-ação do Estado*.

Assim, quando aqui se afirma que a Constituição é a explicitação do contrato social, está-se afirmando o caráter discursivo que assume a noção de Constituição, enquanto produto de um processo constituinte. A noção de Constituição do Estado Democrático de Direito e da função da justiça constitucional como garantidora da força normativa *substancial*³⁰ do texto constitucional está umbilicalmente ligada à noção de contrato social. Daí ser necessário advertir para o fato de que a Constituição, entendida como explicitação do contrato, não pode ser entendida (meramente) como um “contrato” que se estabelece como uma terceira coisa entre o Estado, o Poder, o Governo, e os destinatários; antes disso, *a linguagem constituinte passa a ser condição de possibilidade do novo*, na medida em que, na tradição do Estado Democrático de Direito, o constitucionalismo não é mais o do paradigma liberal, mas, sim, passa por uma *revolução copernicana* (Jorge Miranda) mediante o constituir da Sociedade.

Em face do que foi exposto, entendo que o Poder Judiciário não pode assumir uma postura passiva diante da sociedade. Na perspectiva aqui defendida, reserva-se ao Poder Judiciário (*lato sensu*, entendido aqui como justiça constitucional) uma nova forma de inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de **checks and balances**, *mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os valores constitucionais têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias eventuais*.

Entendo, assim, que a justiça constitucional deve assumir uma

³⁰ No embate entre as posturas substancialistas e procedimentalistas, claramente posiciono-me ao lado do substancialismo, conforme melhor explicitado no meu **Jurisdição Constitucional**, op. cit., em especial cap. 4.

postura intervencionista, longe da postura absenteísta própria do modelo liberal-individualista-normativista que permeia a dogmática jurídica brasileira³¹. Ou seja, como bem aduz Vianna³², se a judicialização da política

“significar a delegação da vontade do soberano a um corpo especializado de peritos na interpretação do Direito e a ‘substituição’ de um Estado benfeitor por uma justiça providencial e de moldes assistencialistas, não será propícia à formação de homens livres e nem à construção de uma democracia de cidadãos ativos. Contudo, a mobilização de uma sociedade para a defesa dos seus interesses e direitos, em um contexto institucional em que as maiorias efetivas da população são reduzidas, por uma estranha alquimia eleitoral, em minorias parlamentares, não se pode desconhecer os recursos que lhe são disponíveis a fim de conquistar uma democracia de cidadãos. Do mesmo modo, uma vida associativa ainda incipiente, por décadas reprimida no seu nascedouro, não se pode recusar a perceber as novas possibilidades, para a reconstituição do tecido da sociabilidade, dos lugares institucionais que lhe são facultados pelas novas vias de acesso à justiça”.

Quando falo em “intervencionismo substancialista”, refiro-me ao cumprimento dos preceitos e princípios ínsitos aos Direitos Fundamentais Sociais e ao núcleo político do Estado Social previsto na Constituição de 1988, donde é possível afirmar que, na inércia dos poderes encarregados precipuamente de implementar as políticas públicas, é obrigação constitucional do Judiciário, através da jurisdição constitucional, propiciar as condições necessárias para a concretização dos direitos sociais-fundamentais.

³¹ Como bem assinala Ackerman, ao tratar da problemática norte-americana, declarando inconstitucional um determinado dispositivo legal, o Tribunal está desempenhando uma função dualista crítica. Ele está indicando à massa de cidadãos privados que algo especial está ocorrendo nos corredores do poder; que seus pretendidos representantes estão tratando de legislar com pouca credibilidade; e que, uma vez mais, há chegado o momento de determinar se nossa geração responderá fazendo o esforço político requerido para redefinir, como cidadãos privados, nossa identidade coletiva. Cfe. ACKERMAN, Bruce. **La política del diálogo liberal**. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 203.

³² Cfe. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia – entre facticidade e validade**. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 126 e segs.; CABRAL PINTO, Luiza Marques da Silva. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 126 e segs.; e BUBNER, R. **Filosofia moderna Alemã**. Madrid: Cátedra, 1984, p. 228 e segs.

É evidente que tais questões podem esbarrar naquilo que se denomina de “financeiramente possível” e na (de)limitação do âmbito (político) de esfera de competência. Cristina Queiroz³³ enfatiza que,

“quando existe um direito, este mostra-se sempre como justificável. Sucede é que, por vezes, no caso dos direitos de natureza económica e social, estes necessitam ainda de uma configuração jurídica particular a levar a cabo pelo legislador. A ‘reserva do possível’, ‘no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade’ (BverfGE 33, 303, 333; 43, 291, 314), não tem como consequência a sua ineficácia jurídica. Essa cláusula expressa unicamente a necessidade da sua ponderação. Konrad Hesse fala, a esse propósito, de uma ‘obrigação positiva’ de ‘fazer tudo para a realização dos direitos fundamentais, ainda quando não exista a esse respeito nenhum direito subjectivo por parte dos cidadãos’”.

Muito embora tais teses/perspectivas, um olhar – mesmo que perfunctório – sobre o agir quotidiano dos juristas nos mostra que *estamos longe de uma postura mais interventiva* (portanto, menos **self restraint**) do Poder Judiciário, o que pode ser verificado pela inefetividade da expressiva maioria dos direitos sociais previstos na Constituição³⁴ e da postura assumida pelo Poder Judiciário na apreciação de institutos como o mandado de injunção, a ação de inconstitucionalidade por omissão, além da falta de uma adequada filtragem hermenêutico-constitucional das normas anteriores e posteriores a Constituição. Assim:

a) mecanismos como a interpretação conforme a Constituição (**verfassungskonforme Auslegung**) e a nulidade parcial sem redução de texto (**Teilnichtigkeitsklärung ohne Normtext Reduzierung**) têm sido muito pouco

³³ Cfe. QUEIROZ, Cristina. **Interpretação e Poder Judicial – sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 65. Veja a esse propósito o seguinte acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal: “Todo este complexo normativo, que não é meramente programático e contém antes uma vinculação para o legislador ordinário, não pode desprender-se de princípios fundamentais consagrados na Constituição como seja o empenhamento da República ‘na construção de uma sociedade livre, justa e solidária’, o objectivo da ‘realização da democracia económica, social e cultural’, as tarefas fundamentais do Estado de promover ‘a efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais’ e assegurar ‘o ensino e a valorização permanente’”. Ac. TC 148/94.

³⁴ Neste sentido, há que se levar em conta a advertência de Alexy, que fala da justificabilidade plena como um dos tesouros da Constituição, lembrando que “quem pretenda escrever na Constituição ideais políticos não justificáveis, deve ser consciente do que está em jogo. Com uma só disposição da Constituição não controlável judicialmente abre-se o caminho para a perda de sua obrigatoriedade.” Cfe. ALEXY, Robert. “Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 33.

utilizados para a adequação do enorme contingente de leis e atos normativos ao texto da Constituição. Até mesmo o entendimento acerca do sentido e alcance desses institutos têm recebido uma interpretação **self restraint**³⁵.

b) o exercício do controle difuso de constitucionalidade, nestes quinze anos, tem-se mostrado aquém das expectativas. No primeiro grau de jurisdição, ainda são poucos os magistrados que lançam mão desse (poderoso) mecanismo, que, saliente-se, não fica restrito à (mera) rejeição (não aplicação) de leis inconstitucionais, *podendo, à toda evidência, alcançar a interpretação conforme e a nulidade parcial sem redução de texto, para citar apenas estas duas modalidades de decisões denominadas pela tradição de “decisões interpretativas”*³⁶. Nos tribunais, continua reduzido o número de incidentes de inconstitucionalidade.

c) diversas leis, apenas em parte incompatíveis com a Constituição, têm permanecido intactas no sistema, pela timidez hermenêutica dos operadores. Veja-se a recente Lei nº 10.259/01, que, de forma inconstitucional, (des)classificou delitos como abuso de autoridade, fraude em licitação, fraude processual, porte ilegal de arma, sonegação de tributos, desobediência, atentado ao pudor mediante fraude, crimes contra a honra, para ficar apenas nos principais, como “infrações de menor potencial ofensivo” (**soft crimes**), utilizando para tanto o critério horizontal da quantidade da pena³⁷. Do mesmo modo, o Código Penal está eivado de inconstitucionalidades; dezenas de tipos penais não recepcionados pela Constituição continuam sendo aplicados; as penas não guardam relação com o princípio da proporcionalidade (para se ter uma idéia, furto qualificado tem pena maior que sonegação de tributos e lavagem de dinheiro; adulteração de chassi de automóvel acarreta pena maior do que a do homicídio praticado ao volante etc.); nessa linha, não causa nenhum espanto à comunidade jurídica o fato de que a sonegação de tributos tenha um tratamento absolutamente privilegiado em relação aos crimes contra o patrimônio, como

³⁵ Para tanto, consultar Streck, **Jurisdição Constitucional**, op. cit., em especial cap. 11.

³⁶ *Idem ibidem*, em especial capítulos 10, 11 e 12.

³⁷ Em termos de filtragem hermenêutico-constitucional, o problema decorrente da indevida inserção desses crimes no rol dos **soft crimes** pode ser resolvida por intermédio da aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto. Para tanto, ver STRECK, Lenio Luiz. “Os juizados especiais criminais à luz da jurisdição constitucional”. **Caderno Jurídico**. Ano 2, v. 2, n. 5. São Paulo: Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, out/2002, p. 63-100.

o furto, a apropriação indébita etc.³⁸; a falta de filtragem é tão grande que o sistema jurídico convive com o paradoxo representado pelo fato de os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, elevados à condição de hediondos na década de 90³⁹, continuarem a ser considerados “crime de ação privada” (sic).

d) a dimensão da crise de baixa constitucionalidade pode ser aquilatada por alguns casos emblemáticos, como o ocorrido com a edição da Lei nº 9.639/98. Com efeito, *a importância desse episódio assume uma transcendência ímpar, porque simboliza a crise paradigmática que atravessa a operacionalidade do Direito em nosso país*. Explico: o Poder Executivo enviou projeto de lei ao Congresso Nacional concedendo anistia aos agentes políticos responsabilizados pela prática dos crimes previstos na alínea d do art. 95 da Lei nº 8.212/91 e no art. 86 da Lei nº 3.807/60 (retenção de contribuições previdenciárias dos segurados da previdência social, sem que fosse atribuição legal sua). Tal matéria constou no art. 11 do projeto, que foi votado, aprovado e enviado para sanção do Presidente da República. Ocorre que, de forma “fantasmagórica”, foi introduzido um parágrafo único “pirata” ao citado art. 11, estendendo a anistia aos *“demais responsabilizados pela prática dos crimes previstos na alínea d do art. 95 da Lei nº 8.212/91 e no art. 86 da Lei nº 3.087/60*, isto é, o dispositivo “acrescentado” estendia de forma irrestrita a citada anistia. Surpreendentemente, a Lei foi sancionada com a inclusão do parágrafo único “pirata”. *Ora, parece desnecessário dizer que um dispositivo não votado e não aprovado pelo parlamento jamais existiu no mundo jurídico*. Constatado o manifesto equívoco, de imediato foi enviada mensagem ao Presidente da República comunicando o fato, o que ensejou a *republicação da lei*, o que veio a ocorrer no dia seguinte ao da publicação original. Pois bem: com base na “vigência” (sic) do aludido parágrafo único do art. 11, *começaram a ser concedidas anistias a todas as pessoas envolvidas nos crimes de retenção de contribuições sociais*, sob

³⁸ A recente Lei nº 10.684/03, repisando matéria já sedimentada, possibilita que os sonegadores façam parcelamento (REFIS) de seus “débitos”. Com isto, extingue-se a punibilidade (sic). Antes dessa Lei, já havia casos de financiamentos que ultrapassavam os 500 anos...! Enquanto isto, em completa violação ao princípio da isonomia, ao cidadão que pratica crime contra o patrimônio não é dada qualquer possibilidade de parcelamentos e, tampouco, a possibilidade de extinção da punibilidade pelo ressarcimento do prejuízo! Isto mostra a dura face da crise de paradigmas que atravessa a dogmática jurídica brasileira.

³⁹ Veja-se que a comunidade jurídica, inserida no senso comum teórico, convive pacificamente com dispositivos como art. 107, VIII, do Código Penal, pelo qual extingue-se a punibilidade do crime de estupro ou atentado violento ao pudor pelo “casamento da ofendida com terceiro” (sic), dicção que o STF chegou a estender ao “concubinato da vítima com terceiro”. Ora, tal disposição legal afronta a Constituição Federal, conforme sustentei em parecer que exarei nos autos da Apelação-Crime n. 70006451827 - 5ª Câmara Criminal, TJRS.

os mais variados argumentos, tais como “em nome da segurança jurídica, o texto foi publicado, apesar do erro, existe e entra em vigor, devendo ser protegidos os direitos decorrentes dessa vigência...”, aduzindo-se, ainda, citações doutrinárias acerca da interpretação do art. 1º, §4º, da Lei de Introdução ao Código Civil... Em face disso, o Ministério Público Federal passou a recorrer das (centenas de) decisões judiciais concessivas das anistias irrestritas *baseadas no inexistente parágrafo único*, tendo que a matéria ser, finalmente, decidida pelo Supremo Tribunal Federal, que, em decisão plenária de 4.11.98 (HC nº 77724-3, Rel. Min. Marco Aurélio), julgou inconstitucional o citado parágrafo único do art. 11 da Lei nº 9.639, em sua publicação no Diário Oficial da União de 26.5.98, explicitando o STF que a decisão tinha caráter **ex tunc**, atingindo todas as decisões concessivas anteriores. A argumentação do Supremo Tribunal Federal foi singela – porque singela era a questão, sem dúvida –, baseando o acórdão no fato de que o parágrafo único em tela não cumpriu, no Congresso Nacional, o rito de discussão e votação de projeto de lei, previsto no art. 65 da CF. Ou seja, *a publicação por engano do parágrafo único não poderia gerar efeitos no mundo jurídico*. Ou seja, reféns do sentido comum teórico, os operadores do primeiro grau de jurisdição não conseguiram – no âmbito do controle difuso – dar uma solução constitucional adequada a um problema tão simples.

e) as mesmas carências hermenêutico-constitucionais podem ser encontradas no campo do direito processual. Assim, v.g.⁴⁰, embora o conteúdo garantista da Constituição de 1988, o Código Processo Penal continua fazendo vítimas, pela falta de uma adequada interpretação que o conforme ao texto constitucional. Em pleno Estado Democrático de Direito, o sistema jurídico convive com a quotidiana violação dos princípios da ampla defesa (interrogatórios que continuam sendo realizados sem a presença de defensor), do contraditório (exames periciais feitos à revelia do réu) e do devido processo legal (denúncias que são recebidas sem qualquer fundamentação), para citar apenas alguns dos problemas.

f) por outro lado, se os Códigos Penal e Processual Penal sofrem de profunda inadequação com o texto constitucional em face da distância temporal, um texto como o do Código Civil que entrou em vigor em 2003 deveria ingressar no ordenamento devidamente adequado à Constituição.

⁴⁰ Deixo de referir aqui os problemas decorrentes das diversas (mini) reformas no Código de Processo Civil, muitas delas de duvidosa constitucionalidade. Do mesmo modo, permito-me remeter o leitor ao meu **Jurisdição Constitucional**, op. cit., em especial capítulos 11 e 12, onde são tratadas as inconstitucionalidades constantes na Lei nº 9.868/99 – que trata do processo e do procedimento das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade – e na Lei nº 9.882/99, que estabelece o regramento da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Entretanto, não é isto que ocorre. Com efeito, em muitos aspectos, o Código Civil provoca retrocesso, com nítida violação da cláusula constitucional de proibição de retrocesso social, implícita na Constituição Federal. Neste ponto, concordo com Gustavo Tepedino, quando diz que o novo Código Civil é retrógado e demagógico. Retrógado porque nasce velho principalmente por não levar em conta a história constitucional brasileira e a corajosa experiência jurisprudencial, que protegem a personalidade mais que a propriedade, o *ser* mais que o *ter*, os valores existenciais mais do que os patrimoniais; e demagógico porque, engenheiro de obras feitas, pretende consagrar direitos que, na verdade, estão tutelados em nossa cultura jurídica pelo menos desde o pacto de outubro de 1988⁴¹. Não é desarrazoado afirmar, neste contexto, que a edição do novo Código Civil representou a vitória da codificação sobre a hermenêutica e a abertura interpretativa. Os assim denominados avanços do novo Código desde há muito estavam previstos na Constituição. Às várias manifestações “louvando” o fato de que, a partir do novo Código, o juiz assumirá uma nova postura perante o Direito (sic), é fácil responder (e esclarecer) que essa propalada “abertura hermenêutica proporcionada pelo ‘novo’ Código Civil” *é fruto do paradigma que instituiu o Estado Democrático de Direito e tudo o que representa a Constituição*, entendida no seu caráter compromissário e dirigente. Não é o Código que estabelece um novo paradigma, mas, sim, é o Código que deve(ria) estabelecer os delineamentos do Direito Civil levando em conta o primado da Constituição. *É exatamente por isto que parcela considerável das centenas de emendas que estão sendo propostas ao novo Código são desnecessárias, uma vez que as anomalias do novo Codex podem ser corrigidas a partir de um adequado manejo da jurisdição constitucional*, naquilo que o sistema jurídico coloca à disposição do operador em termos de controle difuso e concentrado, além dos modernos mecanismos interpretativos, como a interpretação conforme a Constituição e a nulidade parcial sem redução de texto. Infelizmente, tudo está a indicar que a equiparação feita por parcela considerável de juristas entre “vigência e validade” e “texto e norma”, continuará fazendo suas vítimas por muito tempo.

g) registre-se, por fim, a postura **self restraint** que a Suprema Corte assumiu nos episódios que envolveram as grandes privatizações e na discussão dos conceitos de “urgência e relevância”, requisitos para o Poder Executivo editar medidas provisórias. Saliente-se que, antes da promulgação da EC nº 32, que alterou o art. 62, da CF, o Poder Executivo já havia editado mais de 3.000 medidas provisórias. Uma postura herme-

⁴¹ Cfe. TEPEDINO, Gustavo. "O novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira". *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 7. Rio de Janeiro: Padma, 2001, p. 229.

nêutica mais incisiva do STF poderia, sem dúvida, no exame da matéria e no momento oportuno, ter evitado este mar de MPs, que tantos prejuízos causaram à cidadania e à democracia.

3. Considerações finais.

A Constituição que ainda constitui. A necessidade de um processo de resistência constitucional como compromisso ético dos juristas.

Vários são os fatores que levam a esse *deficit* de jurisdição constitucional, que podem ser debitados tanto a uma crise de modelo de direito e de Estado, como a uma crise de compreensão (crise de viés hermenêutico). *Observe-se como a dogmática jurídica continua equiparando os âmbitos da vigência e da validade de um texto, questão que decorre do problema próprio da hermenêutica clássico-reprodutiva, que equipara o texto à norma, como se o texto carregasse consigo a norma (sentido)*⁴². De outra banda, não construímos uma teoria da Constituição suficientemente colada à Teoria do Estado apta a superar um certo enciclopedismo ainda presente na análise da Constituição de 1988. Em suma, a Constituição não encontrou terreno fértil para a efetivação das promessas contidas em seu texto. A comunidade jurídica demorou a perceber a revolução paradigmática que representaram os textos constitucionais dirigentes e compromissários no seio da Teoria do Estado e da Constituição. Sejam claros: não havia um caldo de cultura apto a recepcionar *essa verdadeira revolução copernicana que alçou o Direito constitucional ao status de disciplina dirigente, questão*

⁴² Conforme tenho referido à saciedade em outros textos, não há equivalência entre texto e norma e entre vigência e validade, em face do que se denomina na fenomenologia hermenêutica de diferença ontológica. Sustentar que há uma diferença (ontológica) entre texto e norma não significa que haja uma separação entre ambos (o mesmo valendo para a dualidade vigência-validade). Ou seja, concordo com Friedrich Muller quando diz que a norma é sempre o produto da interpretação de um texto e que a norma não está contida no texto (ver, para tanto, **Juristische Methodik**, op. cit.; no mesmo sentido, GRAU, Eros. **La doble estructuración y la interpretación del derecho**. Barcelona: M.J. Bosch, SL, 1998). Ocorre que o texto não subsiste como texto; não há texto isolado da norma! O texto já aparece na “sua” norma, que é produto da atribuição de sentido do intérprete (e, para isto, não há um processo de discricionariedade do intérprete, uma vez que a atribuição de sentido exsurta de sua situação hermenêutica, da tradição em que está inserido, enfim, a partir de seus pré-juízos). Por isto não há separação entre texto e norma; há, sim, uma diferença ontológica entre eles, questão que pode ser retirada da assertiva heideggeriana de que o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser. Não há ser sem ente. A norma, assim, não é uma capa de sentido a ser acoplada a um texto “desnudo”. Ela é a construção hermenêutica do sentido do texto. Esse sentido manifesta-se na síntese hermenêutica da **aplicatio**. Daí que, de algum modo, concordo com Nelson Saldanha em suas críticas a tese de Müller. Com efeito, Saldanha não concorda com a afirmação de que o texto da norma é apenas um “enunciado lingüístico”. “Todo texto é um enunciado lingüístico, mas nenhum texto é apenas isto: o texto de um poema se distingue de seu ‘conteúdo’, como ocorre com o de uma prece ou o de uma mensagem pessoal. Mas em cada caso

que assumia contornos mais relevantes ainda se levado em conta o problema de ser o Brasil um país de modernidade tardia. Não ocorreu no Brasil algo similar ao “Debate de Weimar”, onde foi discutida, nos idos de 1919, a crise da Teoria Geral do Estado, a partir da insuficiência da Teoria Geral do Estado “enciclopédica” de Jellinek⁴³.

As mesmas insuficiências teórico/paradigmáticas que preocuparam os juristas alemães não alcançaram igual tratamento em ***terra brasílis***. O novo paradigma do Estado Democrático de Direito, no interior do qual o constitucionalismo – porque umbilicalmente ligado à Teoria do Estado – assume contornos transformadores da realidade social, vem sendo trabalhado a partir de uma ultrapassada Teoria Geral do Estado, *que não reúne as condições suficientes para a elaboração de um discurso que imbrique Constituição e Estado*. Mais do que uma crise na Teoria (Geral) do Estado, há uma crise da Constituição, que, segundo Bercovici, *pode ser superada ao compreendermos a Constituição nestes pressupostos da Teoria do Estado, em conexão com a política e a realidade social* (e aqui assume relevância a circunstância de vivermos em um país de modernidade tardia). Afinal, aduz o autor, ao contrário do que alguns juristas defendem, não é possível entender a Constituição sem o Estado. A existência histórica e concreta do

o texto está relacionado ao conteúdo: não se procuraria uma mensagem religiosa no texto de um livro de química, nem se buscaria um conteúdo poético no texto de um decreto. Os textos que integram o direito positivo contêm a norma: são textos jurídicos e não contábeis, nem litúrgicos. Não se ‘chegaria’ à norma sem o texto dela, nem com outro que não fosse jurídico. A distinção entre as palavras do texto e o conteúdo normativo não pode levar a uma negação da relação entre ambas as coisas” (cfe. SALDANHA, Nelson. “Racionalismo jurídico, crise do legalismo e problemática da norma”. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE**, n. 10. Recife: UFPE, 2000, p. 203 e segs). Correto o professor pernambucano quando diz que os textos que integram o direito positivo contêm já, de pronto, a norma cujo sentido aponta para o fato de que tais textos são jurídicos, e não qualquer outra coisa. Ou seja, há um sentido que se antecipa e, portanto, é condição de possibilidade: antes de tudo, o texto é um texto jurídico! Em síntese, texto e norma são coisas distintas, mas não separadas, no sentido de que possam subsistir um sem o outro. Também por isto um não contém o outro, assim como o ser não contém o ente. Por isto, o que existe é uma diferença entre ambos, que é ontológica.

⁴³ A crise da Teoria Geral do Estado gerou três grandes propostas para a sua superação, todas descartando as concepções de Jellinek. Duas propostas vão substituir a velha Teoria Geral do Estado pela nova Teoria da Constituição. De um lado, a visão da Constituição exclusivamente como norma jurídica (Kelsen). De outro, as Teorias Materiais da Constituição, vista agora como algo mais do que uma simples norma jurídica, mas como lei global da vida política do Estado e da sociedade (Carl Schmitt e Rudolf Smend). Finalmente, a terceira proposta busca a renovação metodológica completa da Teoria Geral do Estado, que deveria ser substituída pela Teoria do Estado como ciência da realidade (Hermann Heller). Cfe. BERCOVICI, Gilberto. “A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição”. São Paulo, 2003. Inédito.

Estado soberano é pressuposto, é condição de existência da Constituição. Talvez aqui esteja um dos problemas fundamentais da crise que obstaculiza a compreensão do papel da Constituição no Brasil (e conseqüentemente do porquê de sua inefetividade, passados quinze anos): a Constituição tem sido compreendida apenas como normativa, desconectada da política (onde entra, por decorrência lógica, o Estado). *Há uma necessária conexão/imbricação entre Estado, Constituição e política. Só assim será possível perceber que a Constituição pertence também à realidade histórico-social*⁴⁴.

Em face de todo o exposto, proponho, fundamentado em Garcia Herrera, uma *resistência constitucional*, entendida como o processo de identificação e detecção do conflito entre princípios constitucionais e a inspiração neoliberal que promove a implantação de novos valores que entram em contradição com aqueles: solidariedade frente ao individualismo, programação frente à competitividade, igualdade substancial frente ao mercado, direção pública frente a procedimentos pluralistas. *O novo modelo constitucional supera o esquema da igualdade formal rumo à igualdade material, o que significa assumir uma posição de defesa e suporte da Constituição como fundamento do ordenamento jurídico e expressão de uma ordem de convivência assentada em conteúdos materiais de vida e em um projeto de superação da realidade alcançável com a integração das novas necessidades e a resolução dos conflitos alinhados com os princípios e critérios de compensação constitucionais*⁴⁵.

Este *resistir* implica, entre outras tarefas, uma mobilização em torno da criação de um Tribunal Constitucional, na tradição dos tribunais desse naipe que tanto serviço prestaram à democracia e à realização dos direitos fundamentais-sociais no velho mundo, e, em conseqüência, a utilização, de forma ampla, dos mecanismos de acesso à justiça, mormente à jurisdição constitucional, através do controle difuso de constitucionalidade e do controle concentrado, sob suas várias formas, sem olvidar as ações constitucionais específicas, como o mandado de injunção, o mandado de segurança, a ação popular, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, etc. *Nesse sentido, é preciso ter claro que não há texto infraconstitucional imune à filtragem constitucional; não há textos "blindados"*. Até mesmo as leis que

⁴⁴ Cfe. Bercovici, **A Constituição**, op. cit.

⁴⁵ Consultar GARCIA HERRERA, Miguel Angel. "Poder Judicial y Estado Social: Legalidad y Resistencia Constitucional". In: **Corrupción y Estado de Derecho – El papel de la jurisdicción**. Perfecto Andrés Ibáñez (Editor). Madrid: Trotta, 1996, p. 83.

descriminalizam estão sujeitas ao controle de constitucionalidade⁴⁶. Para ser mais claro: no Estado Democrático de Direito, não há liberdade de conformação do legislador; há uma diferença (ontológica) entre vigência (que é secundária) e validade (que é primária, porque dependente da materialidade da Constituição), e entre texto e norma. O texto não contém a norma. Esta é sempre o produto de um processo de atribuição de sentido, o que reforça a responsabilidade (ética) do intérprete.

Por isso, torna-se relevante a discussão das condições de possibilidade que têm os juristas para a construção de um discurso (crítico) que aponte para a superação da crise paradigmática e a implementação dos valores constitucionais. Ao lado disso, torna-se necessário constantemente denunciar as reformas legislativas *ad hoc* que têm levado, sistematicamente, à concentração do poder nos tribunais superiores, a ponto de transportar para o nosso sistema mecanismos próprios da *common law*⁴⁷ e do direito tedesco (nesse sentido, v.g., a inversão dos efeitos nas decisões em sede de ADIn e ADC, prevista na Lei nº 9.868/99). Veja-se, a propósito, o problema do acesso à justiça, sonogado a partir de mecanismos como os constantes no art. 557 do CPC, monocratizando as decisões de segundo grau, além de impedirem o acesso aos tribunais superiores (TST, STJ e STF). É evidente que precisamos de mecanismos que conduzam à efetividade da justiça e ao “desafogo dos tribunais superiores” (sic). Entretanto, não se pode, em nome de uma “instrumentalidade quantitativa”, solapar uma “instrumentalidade qualitativa”.

Em síntese: é necessário construir (novos) caminhos na busca da concretização das promessas da modernidade plasmadas no texto constitucional. Isto implica continuar a acreditar na força normativa da Constituição e no seu papel dirigente e compromissário. Daí a necessidade da construção de

⁴⁶ Ver, nesse sentido, STRECK, Lenio Luiz. **Os juizados especiais criminais à luz da jurisdição constitucional**, op. cit.

⁴⁷ No plano da operacionalidade do direito, grande parcela das querelas jurídicas tem sido decidida mediante a (singela) citação de ementas jurisprudenciais (ou Súmulas) descontextualizadas, a ponto de o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade (sic) de um dispositivo de medida provisória com fundamento na Súmula 618, de edição anterior à Constituição. Calha lembrar, além disso, que as decisões, embora fundamentadas nos verbetes (nos seus mais variados tipos), não são suficientemente justificadas, isto é, não são agregados aos ementários jurisprudenciais os imprescindíveis suportes fáticos, decorrendo daí o que denomino de “um perigoso ecletismo”, originário de um hibridismo (simplista/simplificado) representado pela fusão de institutos da *common law* e da *civil law*.

uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia,⁴⁸ cujos fundamentos decorrem da necessidade de preenchimento do *déficit* resultante do histórico descumprimento das promessas da modernidade nos países periféricos. Destarte, a defesa de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia fundamenta-se na idéia de um conteúdo compromissário mínimo a constar no texto constitucional, bem como nos correspondentes mecanismos de acesso à jurisdição constitucional e de participação democrática.

Uma tal teoria deve, assim, tratar da construção das condições de possibilidade para o resgate das *promessas incumpridas da modernidade*, as quais, como se sabe, colocam em xeque os dois pilares – democracia e direitos fundamentais-sociais - que sustentam o próprio Estado Democrático de Direito. A idéia de uma TCDAPMT implica uma interligação com uma teoria do Estado, visando à construção de um espaço público, apto a implementar a Constituição em sua materialidade. Dito de outro modo, uma teoria da Constituição dirigente voltada às especificidades de países periféricos como o Brasil não prescinde de uma teoria do Estado, que seja apta a explicitar as condições de possibilidade da implantação das políticas de desenvolvimento constantes – de forma dirigente e vinculativa – no texto da Constituição. É importante pontuar que tal teoria conforma-se manifestamente ao que se projeta a partir de uma estrutura normativa consistente no Estado Democrático de Direito, ou seja, uma forma civilizada e democrática de realização do bem estar de todos, rechaçando alternativas revolucionárias, distantes de qualquer paradigma de Estado de Direito. À toda evidência, uma tal tese não implica sustentar um normativismo constitucional (revolucionário ou não) capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias. O que permanece da noção de Constituição dirigente é a *vinculação do legislador aos ditames da materialidade da Constituição*, pela exata razão de que, nesse contexto, o Direito continua a ser um (poderoso) instrumento de implementação de políticas públicas.⁴⁹

Entretanto, como na Macondo de Gabriel Garcia Marquez, algumas “coisas” de nossa Constituição ainda são tão novas, tão recentes, que muitos juristas, para mencioná-las, continuam a apontá-las com o dedo. É como se estas “coisas” novas ainda não tivessem nome; é como se lhes

⁴⁸ Sobre a construção de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia, ver meu **Jurisdição Constitucional**, op. cit., em especial cap. 3.

⁴⁹ Idem, ibidem.

faltasse a “nominação constitucionalizante”. Velhos pré-juízos continuam a causar prejuízos. Não houve, ainda, a surgência constitucionalizadora. A baixa compreensão do sentido da Constituição acarreta uma “baixa constitucionalidade”. Entre sístoles e diástoles⁵⁰, os quinze anos de Constituição deixaram muitas lições. Talvez na imbricação entre o exercício pleno e efetivo da jurisdição constitucional e uma ampla participação da sociedade, a partir dos mecanismos de representação popular e de democracia direta, esteja o caminho para o novo, para a superação da crise, que, como se sabe, existe exatamente quando o novo não nasce e o velho não morre; enfim, quando o velho obnubila o novo! □

⁵⁰ Na medida em que o objetivo deste texto é fazer um apanhado crítico acerca do funcionamento da jurisdição constitucional nos seus diversos âmbitos, torna-se desnecessário lembrar os avanços conquistados no período pós-constitucional, como, por exemplo, e que vale por todos, a consolidação da democracia em *terra brasilis*, condição indispensável para o florescimento de uma cultura jurídica que aponte para o efetivo cumprimento das promessas *ex-surgentes* do pacto constituinte.